usus fructus ex arbitrio boni viri in concreto ausgeübt werde, das letzte Mittel."

XII.

Ueber die eigenthümliche Ausbildung des Executivprocesses in Oesterreich.

Von

Dr. Franz Haimerl,
Professor der Rechte in Prag.

I. Man hört nicht selten die Behauptung, daß in Oesterreich jene Proceßform, welche sonst, sowohl gemein- als particularrechtlich unter dem Namen „Executivprozeß" vorkommt, unbekannt geblieben sei. So sagt Mittermaier (im IV. Beitrage seiner vergleichenden Darstellung 1840, S. 166): nach dem österreichischen (Proceß-) Gesetzbuche besteht kein Executivprozeß; er erscheine durch eine andere Einrichtung überflüssig.[1]) Die Gerichtsordnungen, die derzeit in Oesterreich als die Hauptnormen für den Civilproceß bestehen, die allgemeine, die westgalizische und die italienische, haben allerdings den Executivprozeß nicht (gleich anderen besonderen Proceßarten) durch eine eigene Kapitelüberschrift markirt, ja ihn nicht einmal ausdrücklich benannt, nichts desto weniger aber dennoch anerkannt und normirt, und zwar in einer Weise, die von der gemeinrechtlichen abweicht. — Die Berichtigung des erwähnten Irrthums, so wie eine kurze Schilderung des Executivprocesses, wie er sich nach den in Oesterreich gelten-

1) Ebenso sagt Gett in seiner Monographie über den Executivproceß (Nürnberg, 1841): der Executivproceß, als gesonderte Proceßart, sei eben so wenig — wie in einigen andern allda angeführten Staaten — der allgemeinen Gerichtsordnung für Oesterreich vom Jahr 1781 bekannt; er findet diese Proceßform sogar mit den Bestimmungen der §§. 11, 12, 19, 22, 53 und 42 unvereinbarlich.

den Gesetzen gestaltet habe, dürfte daher in diesen, dem vergleichenden Studium so viele Anhaltspunkte bietenden Blättern nicht am unrechten Orte stehen.

II. An der Spitze der österreichischen Executionsordnung (31. Kap. der allg. G. O.) steht der Satz: daß die Execution nur auf Grundlage gerichtlicher Urtheile und gerichtlicher Vergleiche gestattet werden könne, und wenn auch den gerichtlichen Sprüchen in dieser Hinsicht einige andere Entscheidungen gleich gesetzt wurden, so anerkannte man doch darüber hinaus keine anderweitigen executorischen, d. h. solche Urkunden, welche blos durch die executorische Klausel, ohne vorausgegangene Entscheidung der zuständigen Behörde vollstreckbar, also geeignet wären, die Execution damit zu bewirken. Hierin wurde auch neuerlich durch das in einer größeren als der bisherigen Ausdehnung aufgenommene Notariatsinstitut nichts geändert. Der Ministervortrag v. 27. August 1850, wodurch der Entwurf zu einer Notariatsordnung zur Sanktion vorgelegt wurde, erklärt sich darüber. Man habe in reifliche Erwägung gezogen, welche Wirkung man den Notariatsakten nach den bestehenden Verhältnissen beilegen könne. Andere Gesetzgebungen ertheilen ihnen die Executionsfähigkeit. Diesem Beispiele zu folgen, stellte sich aber bei einem Institute nicht als räthlich dar, welches derzeit hierlands noch keine auf thatsächliche Erfahrung entnommene Anhaltspunkte darbietet, um auf deren Grundlage der Notariatsakten eine gleiche Wirkung wie den gerichtlichen Urtheilen oder Vergleichen beizulegen; für jetzt schien es genügend, ihnen die Wirkung öffentlicher Urkunden zu ertheilen und im Uebrigen es der Zukunft zu überlassen, ob es das Bedürfniß nach Erweiterung dieser Wirkung sich zeigen und dieselbe auch in öffentlicher Rücksicht zulässig erscheinen wird.[2]) — Rück-

2) Man vergl. die Bemerkungen Mittermaier's im 35. Bande dieses Archiv's S. 120ff. in Verbindung mit Briegleb: über execu-

sichtlich der von Notaren während der französischen Regierung in einem Theile des Reichs nach den französischen Gesetzen und mit exekutorischer Wirkung ausgestellten Urkunden wurde schon mit Hofd. vom 18. Jan. 1815 erklärt: daß man sich nur an die Gerichtsordnung zu halten habe.

Nur also ein richterliches (oder demselben ausnahmsweise gleichgehaltenes) Erkenntniß (Urtheil oder Bescheid), oder ein gerichtlicher (d. i. ein vor Gericht über bereits angebrachte Klage geschlossener) Vergleich ist zur Vollstreckung geeignet, wenn er von dem zuständigen Gerichte mit der nunmehr eingeführten Vollstreckungsklausel versehen ist (kaiserl. Patent v. 28. Juni 1850. R.G.B. Nr. 254.).[3])

Bei andren, nicht sogleich vollstreckbaren, aber vollen Glauben verdienenden Urkunden machte jedoch schon die allg. Gerichtsordnung im §. 298 ein schnelleres, früher zur Zwangsanwendung im eigentlichen Exekutionsverfahren hinleitendes Prozeßverfahren möglich; begründete — im Gegensatze zum Exekutionsbegehren auf der Grundlage eines rechtskräftigen Urtheils oder gerichtlichen Vergleiches — die s. g. Exekutiv- oder (bei uns auch) Exekutions-Klage mittelst einer quarentigiirten (oder, wie unsre Gesetze sagen: „vollen Glauben verdienenden") Urkunde, und in der darüber eröffneten Prozedur ein von dem gewöhnlichen abweichendes, schnelleres Verfahren, das Verfahren im Executivprozesse.[4]) Daß

torische Urkunden und Exekutivprozeß. 2. Aufl. Stuttgart 1845. und von Arnold: die Vollziehbarkeitsklausel der Notare. Erlangen 1851.

3) Die Bewilligung der einzelnen Exekutionsmittel, sowie deren Vornahme ist als eine gerichtliche Amtshandlung angesehen, und die Vollstreckungsbeamten gehören zum Status der Gerichtsstellen. Vergl. Mittermaier a. a. O.

4) Der cit. §. 298 der allg. G.O. lautet nämlich: „Die Exekution soll nicht ertheilt werden, als über einen (und zwar jetzt mit der Vollstreckungsklausel versehenen) richterlichen Spruch oder gerichtlichen Vergleich. Sollte sich jedoch die Klage auf eine Urkunde gründen, welche

hierin ein besonderes, auf eine größere Schnelligkeit berechnetes Prozeßverfahren normirt ist, fällt von selbst auf; der Gläubiger muß sich zum Behufe der Exekution ein gerichtliches Erkenntniß oder einen gerichtlichen Vergleich verschaffen, wenn er auch rücksichtlich seiner Forderung eine quarentigiirte Urkunde besitzt. Da sich jedoch mit Rücksicht auf die nachträglich zur Gerichtsordnung erlassenen Zusätze und Erläuterungen das Verfahren hierbei nicht bei allen Gerichten gleichmäßig gestaltete, so wurde zum Behufe der Erzielung eines durchaus gleichmäßigen Vorganges nach allen drei Gerichtsordnungen mit a. h. Entschließung vom 29. Dez. 1838 eine Erläuterungsverordnung sanktionirt und mit Justiz-Hofd. vom 23. Mai 1839 kundgemacht, welche der folgenden Darstellung des Exekutivprozesses in Oesterreich vorzugsweise zur Grundlage dient.[5])

III. Der Exekutivprozeß beginnt wie jeder Prozeß mit der Klage, die bei uns gewöhnlich die Exekutionsklage genannt wird. Die Erfordernisse einer Klage überhaupt und die darüber bestehenden allgemeinen Vorschrif-

---

in Folge gegenwärtigen Gesetzes vollkommen Glauben verdient, soll auf eine ganz kurze Zeit eine Tagsatzung, und zwar mit dem Anhange, daß Beklagter auf Ausbleiben der Schuld geständig gehalten werden würde, anberaumt und der Beklagte über die Klage vernommen werden. Ist nun der Beklagte der Schuld geständig, so ist von dem Richter ohne weiters auf die Exekution zu erkennen; sollte aber Beklagter Einwendungen beibringen, worüber sogleich der Endspruch erfolgen könnte, so ist von beiden Theilen ohne weiters die Nothdurftshandlung aufzunehmen und, was Rechtens ist, zu erkennen; — wo endlich in jenem Falle, daß Beklagter zwar die Urkunde anerkennte, aber solche Einwendungen beibrächte, worüber der Endspruch nicht sogleich geschöpft werden kann, die Sache in das rechtliche Verfahren einzuleiten, inmittelst aber dem Kläger, soweit er nicht etwa bereits hinlänglich bedeckt wäre, die Exekution bis zur Sicherstellung zu ertheilen hat." — Dieselbe Bestimmung enthält der §. 398 der westgal. und der §. 387 der ital. G.O.

5) Vergl. Wagner's (Dr. Franz) Beitrag zur Auslegung der a. h. Entschließung vom 29. Dez. 1838 in Betreff der Exekutionsklage. Wien 1845.

ten gelten auch für derlei Exekutivklagen, insofern nicht die besonderen gesetzlichen Bestimmungen dafür Abweichungen enthalten. Das Besondere einer Exekutivklage geht aber aus folgender Stelle der a. h. Entschließung vom 29. Dez. 1838 hervor:

„Wenn sich die Klage auf eine vollen Glauben verdie-
„nende Urkunde gründet, ist der Kläger befugt, auch in
„den zum schriftlichen Verfahren geeigneten Fällen um
„Anordnung einer Tagsatzung zu bitten und in der
„Klage sogleich das angemessene Begehren um die Be-
„willigung der Exekution zur Ausführung des einge-
„klagten Rechtes zu stellen" —

und liegt darin, daß

1) die Klage sich auf eine vollen Glauben wirkende Urkunde stützen muß, d. h. es muß der Klagegrund durch eine Urkunde zu beweisen angeboten werden (§. 12. der G.O.), die nach den Gesetzen vollen Glauben verdient. Andere Beweismittel, über das Klagsfaktum angeboten, eignen also nicht zum Exekutivprozesse; eine vollen Glauben verdienende Urkunde erscheint also als die conditio sine qua non zur Exekutivklage. Darum sagt man wohl auch: Exekutiv- oder Exekutionsklagen sind jene, welche sich auf quarentigiirte[6]) Urkunden gründen; da sich jedoch auch eine gewöhnliche Klage auf eine solche Urkunde stützen kann, so wäre die Exekutivklage dadurch allein noch nicht hinreichend charakterisirt.

In der Exekutivklage muß 2), wenn auch der Gegenstand des Klagsbegehrens nach der G.O. sonst zum schriftlichen Verfahren geeignet und bestimmt wäre, um die Anordnung einer Tagfahrt (Tagsatzung) zur Vernehmung des Gegners gebeten werden. Die mündliche

---

6) D. i. vollen Glauben wirkende Urkunde. In der Praxis pflegt man nämlich den Ausdruck quarentigiirte Urkunde manchmal zur Bezeichnung einer Urkunde zu nehmen, welche bereits durch drei Jahre verbüchert und dadurch gegen Widerspruch gesichert ist.

Verhandlung hat schon, an sich betrachtet, die größere Schnelligkeit vor dem schriftlichen Verfahren voraus.

3) In einer solchen Klage kann außerdem, daß, wie es schon der Begriff der Klage mit sich bringt, um die Verurtheilung des Geklagten und, wie eben zuvor bemerkt, um Anordnung einer Tagfahrt zur mündlichen Vernehmung des Geklagten gebeten wird, auch zugleich — also neben dem eigentlichen Klagsbegehren (§. 8. der G.O.) und der s. g. Prozeßbitte, das angemessene Begehren um die Bewilligung der Exekution zur Ausführung des eingeklagten Rechtes — also das Exekutionsgesuch in eventum mit dem Klagsbegehren verbunden werden.

Ad 1. Die Urkunde, womit die Exekutivklage belegt wird, soll eine vollen Glauben verdienende sein, versteht sich über die faktische Grundlage des Klagsbegehrens, welches und in so weit es im Falle des Widerspruchs von Seite des Geklagten eines Beweises bedarf. Welche Urkunden nach den österr. Gesetzen als solche anzusehen sind, muß aus den über die Beweiseskraft der Urkunden im 12. Hauptstücke der G.O. enthaltenen allgemeinen Bestimmungen entnommen werden. Es sind jedoch in dieser Beziehung einige Zweifel rege geworden, auf welche in Kürze hingedeutet werden soll.

a) Sind blos Urkunden über Geldforderungen, oder auch andere zum Exekutivprozeß geeignet? Man hat es versucht, die erste Ansicht als die richtige darzustellen, weil das Gesetz bestimme, daß der Richter den Geklagten zur „Zahlung" der eingeklagten „Forderung" verurtheile, — und beide diese Ausdrücke nur für **Geld**ansprüche verstanden werden könnten. Allein ausdrücklich ist dieß in den hierher beziehbaren Gesetzen nicht gesagt, ausdrücklich ist auch der Exekutivprozeß nirgends auf Forderungen im Gelde beschränkt worden; es scheint auch diese Beschränkung nicht durch die Eigenthümlichkeit dieser Prozeßform bedingt zu sein.

Zahlen heißt — nach der Erklärung des Civilgesetzbuches — überhaupt: leisten, was man zu leisten schuldig ist — nicht blos eine Geldschuld abtragen, und daß auch der Ausdruck „Forderung" im Allgemeinen eine weitere Bedeutung als Geldansprüche habe, wird wohl Niemand in Abrede stellen. Die Absicht endlich, welche die Gesetzgebung zur Aufnahme und Einführung dieser Prozeßform veranlaßte, — Vereinfachung und Beschleunigung der Rechtsgeltendmachung — kann gewiß rücksichtlich anderer Forderungen ebenso erreicht werden wie bei Geldforderungen, sei es auch daß es gewöhnlich Geldforderungen sein werden, die auf diese Weise eingebracht werden wollen.

b) Muß die Urkunde causam debendi enthalten, um als quarentigiirte angesehen und zur Begründung des Exekutivprozesses geeignet zu erscheinen? Gewöhnlich wird die Frage, zumal im praktischen Geschäftsgange, bejahend beantwortet und eine s. g. indiskrete Urkunde als ungenügend für eine Exekutivklage erklärt; es beruht jedoch diese Beantwortung auf keiner an sich klaren und bestimmten Gesetzeserklärung, sondern auf einer Combination verschiedener prozessualischer Sätze und Anordnungen, die um so zweifelhafter erscheint, als es selbst nach dem Gesetze Fälle gibt, in denen die Angabe des Grundes der Verpflichtung in der Urkunde zur Glaubwürdigkeit dieser letzteren nicht nothwendig erscheint, während in andern Fällen diese Angabe allerdings gefordert wird. Da unter den Erfordernissen zur Beweiseskraft der Urkunden im Allgemeinen die causa debendi gesetzlich nicht gefordert wird, so erscheint sie zu dem Ende der Regel nach gleichgiltig, und ist als ein solches Erforderniß nur dann zu betrachten, wenn es im Gesetze speziell als solches vorkommt. Warum sollte auch eine Urkunde, die sonst legal, die Schuld gegen den sie bestätigenden Aussteller nicht beweisen, wenn er nur die Schuld und nicht auch den Grund, aus der sie entstanden, ein-

bekennt? Die dagegen zeugenden Stellen des römischen Rechtes haben dafür keine Bedeutung mehr, weil sie durch einheimische Gesetze beseitigt sind.

c) Muß der Exekutivklage das Original der Urkunde beigeschlossen werden, oder genügt die Allegirung einer Abschrift? Das Hofdekret vom 13. Februar 1795 erklärte dießfalls: daß keiner Partei aufgedrungen werden könne, ihrer Exekutionsklage die Originalurkunde, worauf sich das Klagrecht gründet, anzuschließen; es galt also auch für den Exekutivprozeß die im Hofdekret vom 6. Okt. 1783 ausgesprochene Regel: daß es der Partei überlassen sei, ob sie ihre Urkunde im Original, in vidimirter oder einfacher Abschrift legen wolle. Allein ist dieß nicht durch die spätere a. h. Entschließung vom 29. Dez. 1838 geändert worden? Es scheint nicht, obgleich dieß von mehreren Seiten schon, und zwar mit dem Beisatze behauptet worden ist, daß der Richter sonst wohl die Klage annehmen, aber nicht als Exekutivklage behandeln könne. Die cit. a. h. Entschließung verlangt nur — um die Klage als Exekutivklage behandeln zu lassen — daß sie (die Klage) sich auf eine vollen Glauben wirkende Urkunde gründe; dieß ist nun auch dann der Fall, wenn von einer solchen Urkunde der Klage nur eine Kopie allegirt wird. Das Hofd. vom 13. Febr. 1795 bestätigt dieses und ist durch die cit. Entschließung nicht aufgehoben worden, nicht ausdrücklich, denn es kommt davon kein Wort vor, nicht stillschweigend, weil die Anordnungen beider mit einander vereinbarlich sind, und weil nach der im Eingange der Entschließung ausgesprochenen Tendenz nur diejenigen früheren Gesetze über den Exekutivprozeß als aufgehoben angesehen werden können, die eine Ungleichförmigkeit des Verfahrens begründeten. Wollte man aus einer Analogie vom provisorischen Arreste, Verbote auf bewegliche Güter, Pränotation und des Zahlungsauftrages bei Wechselbriefen gegen diese Behauptung ein Argument holen, so genügt entgegen die ein-

fache Bemerkung, daß die vermeintliche Analogie hier überall nicht gegeben sei. Die angeführten Fälle sind wesentlich verschieden; es ergeht in diesen Fällen die gerichtliche Verfügung auf Grundlage der Urkunde, ohne den Gegner dießfalls vorerst vernommen zu haben, dagegen wird in dem hier besprochenen Falle dem Geklagten durch die Anordnung einer Tagfahrt Gelegenheit gegeben, seine Einwendungen vorzubringen; es verschwindet also auch das Gefährliche, das man etwa in der Gestattung bloßer Abschriften, als Klagsallegaten, erblicken könnte; ja die Gefahr wäre auf Seite des Klägers, wenn er die Originalurkunde anschließen müßte, indem sie gar leicht in Verlust gerathen könnte. Allerdings ist es richtig, daß die Exekutivklage durch eine vollen Glauben verdienende Urkunde bedingt ist, daß nur das Original der Urkunde dem Richter zeige, ob sie die Erfordernisse zur Beweiseskraft habe; wahr ist es aber auch, daß sich der Richter von Amtswegen nicht um die Verwerflichkeit der Prozeßallegate zu kümmern habe, daß, wenn der Gegner die Verweisung der Originalien zu der Rekognoscirung nicht verlangt, gegen die Urkunde in Abschriften keine Einwendungen erhebt, der Richter auch in judicando anzunehmen hat, daß die Allegate den Originalien gleichen und daß er überhaupt nur nach den Allegaten entscheidet.

Ad 2. Die Bitte wegen Anordnung einer Tagfahrt wird am füglichsten unter ausdrücklicher Beziehung auf das Gesetz (z. B. den §. 298 d. allg. G:O. und die a. h. Entschließ. vom 29. Dez. 1838 gestellt. Diese Bitte muß aber vom Kläger ausdrücklich gestellt werden, und es genügt nicht die bloße Allegirung der vollen Glauben wirkenden Urkunde. Denn die hier in Frage stehende besondere Prozeßform ist den rechtsuchenden Parteien gestattet, wenn sich dieselben ihrer bedienen wollen; sie tritt nur ausnahmsweise ein. Begehrt sie der Kläger nicht, so leitet der Richter das gewöhnliche mündliche oder

schriftliche Verfahren ein, und da auch das durch die G. O. normirte mündliche Verfahren (zu Protokoll) mit dem Exekutivprozesse nicht durchaus übereinkommt, so ist das Begehren der Anordnung einer Tagfahrt nach dem §. 298 und der oft cit. a. h. Enschließung auch dann nothwendig, wenn der Prozeßfall sonst sich zum mündlichen Verfahren eignen würde. Gerade durch die Beziehung des Begehrens um Anordnung einer Tagfahrt auf die besagten Gesetze wird aus allen möglichen Fällen, in denen über eine Klage eine Tagfahrt anzuordnen kommt, der bestimmte und hier besprochene markirt, und für die richterliche prozeßleitende Verfügung, die eben nach Verschiedenheit dieser Fälle sich selbst verschieden gestalten muß, die nöthige Richtschnur gegeben, damit er nicht etwa die Tagfahrt nach dem §. 16 der G.O. oder nach der Vorschrift über das summarische Verfahren und dergleichen anordne, sondern im Sinne des Exekutivprozesses und mit der dazu nöthigen Klausel.

Ad 3. Daß der Kläger in der Exekutivklage sein Begehren in der Hauptsache und rücksichtlich der allfälligen Nebenverbindlichkeiten stelle, bringt, wie oben bemerkt, schon der Begriff des Klagslibells mit sich und das Hofd. vom 15. Januar 1787 erklärte ausdrücklich, daß auch jene Klage, mittelst welcher eine Exekution angesucht wird, eine förmliche Bitte enthalten und ordentlich instruirt sein müsse. Neben dem eigentlichen Klagsbegehren, welches das Gesetz zur Wesenheit einer jeden Klage rechnet, kann aber der Kläger zugleich auch noch das Exekutionsbegehren stellen, welches ihm rücksichtlich der Ausführung des eingeklagten Rechtes zweckmäßig erscheint. Es reicht aber wieder nicht hin, das Begehren in der Klage blos auf die Bewilligung der Exekution zur Ausführung des angeblichen Rechtes zu richten, weil ohne Begehren in der Hauptsache, welches nur auf den gerichtlichen Ausspruch gerichtet sein kann, daß Geklagter zu leisten — oder zu unterlassen schuldig sei, — die s. g. Exekutivklage

in der That nur ein auf eine vollen Glauben wirkende Urkunde gestütztes Exekutionsgesuch wäre, und weil sonst der Richter, der vor wirklicher Zwangsanwendung durch Exekution das angesprochene Recht auch legal anerkannt haben muß — kein Begehren der Partei hätte, dem gemäß er zu entscheiden hat. Das Begehren rücksichtlich der Vollstreckung ist der Kläger zugleich zu stellen befugt; und es ist auf die Unterlassung kein Rechtsnachtheil gesetzt; es kann also ein solches Begehren auch noch später wirksam gestellt werden, wie im Verlaufe des Verfahrens sich Gelegenheit dazu ergibt. Das Begehren in der Hauptsache selbst muß er stellen, widrigens die Klage wegen eines wesentlichen Gebrechens und als gegen die Gerichtsordnung verfaßt zurückzustellen wäre. Wie übrigens der Kläger das Begehren wegen der Exekution zu stellen habe, das hängt von der Art des eingeklagten Rechtes und davon ab, welches von den in Beziehung dieses seines Rechtes und seiner Forderung zulässigen Exekutionsmittel er in Anwendung bringen will. Der Exekutionsführer hat hierbei regelmäßig die Wahl. Das in der Klage gestellte Exekutionsbegehren gilt dann für alle Eventualitäten; es gilt — je nach den obwaltenden Umständen — für die eigentliche Exekution und für die bis zur Sicherstellung, weil unter der generellen Textirung des Gesetzes die beiden Arten möglicher Exekution subsumirt werden müssen.

Ueber die Berechtigung zur Exekutionsklage, die Sachlegitimation, den Gerichtsstand, die Streitgenossenschaft ꝛc. entscheiden die allgemeinen Grundsätze; auch die Cumulirung mehrerer sonst zulässiger Klagsbegehren wird Platz greifen können, wenn sie sich alle auf die vollen Glauben verdienende Urkunde stützen und im genetischen Zusammenhange stehen (§. 4. d. a. G.O.).

IV. Rücksichtlich der richterlichen Verfügung über die eingebrachte Exekutivklage heißt es in der a. h. Entschließung vom 29. Dezember 1838:

„Ueber diese Klage hat der Richter unverzüglich eine „Tagsatzung auf eine möglichst kurze Frist mit dem Bei„satze anzuordnen, daß der Geklagte im Ausbleibungs„falle der in der Klage angegebenen Thatsachen geständig gehalten und über die vom Kläger angesuchte Exe„kution was Rechtens ist erkannt werden wird.“ —

Der Richter hat die eingebrachte Exekutivklage in formeller und materieller Beziehung zu prüfen, ob sie anzunehmen sei oder nicht. Erscheint sie aus irgend einem Grunde zur Annahme und aufrechten Erledigung nicht geeignet, so wird sie mit Bescheid (Indorsat) zurückgewiesen. Ist dagegen die Klage an sich betrachtet annehmbar, eignet sich aber nicht für den Exekutivprozeß, so entsteht die Frage: ob sie der Richter für das gewöhnliche — der Individualität des Verfahrens angemessene — Verfahren verbescheiden dürfe, oder angebrachter Maßen zurückweisen müsse. Diejenigen, welche das Letzte behaupten, berufen sich auf die Verhandlungsmaxime, wornach der Richter kein Verfahren einzuleiten habe, das die Partei nicht begehrt; es könnte sonst gegen ihren Willen geschehen. Allein das Verhandlungsprinzip wird nicht verletzt, wenn der Richter in dem in Frage stehenden Falle das gewöhnliche Verfahren über die Klage einleitet, weil ja jedenfalls das Begehren des Klägers auf Verurtheilung des Geklagten vorliegt, der Richter also nicht ohne vorläufige Klage von amtswegen entscheidet. Die Klagsschlußbitte ist das Hauptsächliche, die Prozeßbitte ist das blos Secundäre. Kann nun wegen mangelnder Erfordernisse der Zweck dieser secundären Bitte nicht erreicht, — der Bitte nicht Raum gegeben werden, so liegt darin noch kein hinreichender Grund, auch der Bitte in der Hauptsache kein richterliches Gehör zu geben. Um aber den Geklagten (wo möglich) verurtheilen zu können, muß ihm vorerst die Gelegenheit zur Vertheidigung und zwar, weil eine ausnahmsweise Form, wie vorausgesetzt wird, nicht eintreten kann, im gewöhnlichen Wege gegeben wer-

den. Glaubt der Kläger, daß ihm durch die Einleitung des gewöhnlichen Prozeßverfahrens statt des von ihm begehrten Exekutivprozesses ein Unrecht geschieht; so mag er gegen die gerichtliche Verordnung Beschwerde ergreifen (rekurriren).

Erscheint die eingebrachte Klage endlich als Exekutivklage annehmbar, dann hat der Richter unverzüglich eine Tagsatzung, und zwar auf eine möglichst kurze Frist anzuordnen. Welche Zeit als eine möglichst kurze angesehen werden könne, hängt von der richterlichen Beurtheilung der obwaltenden Umstände ab. In dem Bescheide, wodurch diese Tagfahrt angeordnet wird, muß der Beisatz gemacht werden: daß der Geklagte im Falle des Ausbleibens der in der Klage angegebenen Thatsachen geständig gehalten und über die vom Kläger angesuchte Exekution, was Rechtens ist, erkannt werden wird. — Bei geklagten Streitgenossen sind noch die besonderen Bestimmungen, wie im gewöhnlichen Verfahren, zu beobachten. — Rücksichtlich der Anordnung dieser Tagfahrt wurden die Fragen aufgeworfen: a) ob man gegen den richterlichen Bescheid die Rekursbeschwerde ergreifen könne und b) ob die angeordnete Tagfahrt verlegt (erstreckt) werden könne? Beide Fragen muß man bejahend beantworten und da für die hier besprochene Prozeßform in keiner der beiden Beziehungen eine besondere Bestimmung existirt, so werden die allgemeinen Bestimmungen über Rekurse und Tagsatzungsverlegungen zur Anwendung gebracht. Der ergriffene Rekurs kann vielleicht selbst den Anlaß zur Erstreckung geben, weil bei der kurzen Frist zur Tagsatzung die Rekurserledigung nicht so schnell erfolgen wird. Wenn die Tagfahrt verlegt wird, so fragt es sich, ob einstweilen Exekution bis zur Sicherstellung begehrt und bewilligt werden könne? Diese Frage muß verneinend beantwortet werden, indem die Sicherstellung von dem Resultate der angeordneten Tagfahrt abhängt; wird aber diese vor der Vornahme verlegt, so ist

die erste so anzusehen, als ob sie gar nicht angeordnet gewesen wäre.

V. Was weiter die Ergebnisse bei der Tagfahrt anbetrifft, so sind mehrere Fälle möglich und im Hinblicke auf die eigenthümliche Wirkung in diesem Verfahren wohl von einander zu unterscheiden. Das Gesetz hat dabei nur das Eigenthümliche hervorgehoben und die Fälle, in denen dasselbe zu geschehen hat, wie im ordentlichen Verfahren mit Stillschweigen übergangen, z. B. den Fall, daß kein Theil zur Tagfahrt erscheint.

a) „Wenn" — heißt es in der a. h. Entschließung vom 29. Dezember 1838 — „der Geklagte bei der Tagsatzung nicht erscheint, oder bei derselben die Richtigkeit der Schuld gesteht, oder diese mittelst einer schriftlichen Eingabe anerkennt, hat der Richter den Geklagten sogleich mittelst Bescheides zur Zahlung der eingeklagten Forderung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu verurtheilen." In diesem Gesetzesabsatze sind also selbst wieder drei Fälle zusammengefaßt. Wenn α) der Geklagte zur angeordneten Tagfahrt nicht erscheint, so ist der Fall der Contumazirung gegeben; der Richter hat die faktischen Momente der Klage als eingestanden anzusehen (affirmative Litiskontestation) und dem Begehren des Klägers gemäß auf Zahlung zu erkennen, also den Geklagten zu verurtheilen, wenn aus den Klagsprämissen das klägerische Begehren folgt, die Klage schlüssig ist. Wegen der Ausbleibensrechtfertigung (purgatio morae) gelten die allgemeinen Vorschriften.[7]) Wenn β) der Geklagte die Richtigkeit der eingeklagten Schuld bei der Tagfahrt, oder γ) durch eine schriftliche Eingabe anerkennt, also über den Bestand der Schuld kein Streit, folglich auch nichts zu entscheiden ist, zur wirklichen Zwangsanwendung

---

7) Die verhältnißmäßig vielen dergleichen Contumazialerkenntnisse zeigen allerdings, daß in solchen Fällen zu einem Rechtsstreite kein Anlaß ist, und sollte dieser Umstand von der Gesetzgebung nicht unbeachtet bleiben. Vergl. Mittermaier im Archiv 35. Bd. S. 126.

im Exekutionswege aber ein gerichtliches Erkenntniß oder ein gerichtlicher Vergleich nothwendig erscheint; so muß auch in diesen Fällen das Recht des Klägers in einem Erkenntnisse vom Gerichte ausgesprochen werden, um für das Vollstreckungsverfahren die nöthige Basis zu erhalten, wenn der Schuldner trotz seines Anerkenntnisses des gegnerischen Rechtes nicht leistet. Das Gesetz läßt jedoch in allen drei hier berührten Fällen das Erkenntniß nur in der einfachen Form eines Bescheides (Dekretes, Zahlungsauftrages) über die Klage fassen, der immer auch die Entscheidungsgründe enthält, wogegen daher auch keine Appellation, sondern nur der Rekurs (einfache Beschwerde) an den obern Richter Platz greifen könnte, falls ein oder der andere Theil sich beschwert fühlte. Der Geklagte erhält in diesem Bescheide den Auftrag, binnen 14 Tagen die eingeklagte Forderung c. s. c. zu bezahlen, bei sonst wirklich zu führender Exekution. Nach Ablauf der darin bestimmten Leistungsfrist und rechtskräftig gewordenen Bescheide kann dann, wie mit jedem andern rechtskräftigem Spruche, die Vollstreckungsklausel verlangt und das Vollstreckungsverfahren eingeleitet werden. Damit jedoch der Kläger nicht der Gefahr ausgesetzt werde, inzwischen das Exekutionsobjekt bei dem Geklagten zu verlieren, wird die in der Klage begehrte Exekution einstweilen bis zur Sicherstellung gestattet, und zwar sogleich ohne noch einen vorläufigen Auftrag zur Sicherstellung an den Geklagten zu erlassen, und ohne daß eine Gefahr, wie bei dem provisorischen Arreste oder dem Verbote, als Bedingung nachgewiesen werden müßte. Das letzte ist mit Hofd. v. 25. Januar 1841 nachträglich zur a. h. Entschließung v. 29. Dez. 1838 erklärt worden, als zwar nicht in den Worten, aber doch dem Geiste des Gesetzes gegründet.

b) „Wenn" — fährt die a. h. Entschließung vom 29. Dezember 1838 fort — „der Geklagte bei der Tagsatzung der Klage Einwendungen entgegensetzt, über welche sogleich der Endspruch erfolgen könnte, ist die

mündliche Verhandlung mit beiden Theilen (zu Protokoll) aufzunehmen und hierüber schleunig, wo möglich noch an demselben Tage, durch Urtheil zu entscheiden." — Die Aufnahme der mündlichen Verhandlung zu Protokoll geschieht in diesem Falle nach den für das mündliche (d. i. protokollarische) Verfahren geltenden allgemeinen Vorschriften der G.O. Der Ausdruck: Einwendungen muß hier in seiner weitern Bedeutung genommen werden, bezogen auf alle Vertheidigungsgründe, die der Geklagte für sich und gegen die Klage geltend macht,[8]) sie müssen aber so beschaffen sein, daß ungeachtet ihrer Vorschützung sogleich in der Sache (bedingt oder unbedingt) entschieden werden kann, ohne also die Tagfahrt zur weiteren Verhandlung darüber, zum Behufe einer Beweisaufnahme und dergleichen erstrecken, oder Zwischenerkenntnisse auf Beweis schöpfen zu müssen. Das Erkenntniß soll, weil vorausgesetzter Maßen möglich, auch schleunig, daher, wenn es thunlich, noch an demselben Tage gefällt werden, und zwar in diesem Falle durch Urtheil, weil ein kontradiktorisches Verfahren voranging, — ein Streit zu entscheiden ist. Die Rechtsmittel dagegen sind die gewöhnlichen. Wird der Kläger mit seiner Klage abgewiesen, z. B. weil sie durch eine vom Beklagten vorgeschützte liquide Einwendung, wie etwa durch die mit einer vollen Beweis wirkenden Quittung belegte Einwendung der bereits erfolgten Zahlung, elidirt erscheint; so kann natürlich auch das in der Klage gestellte Exekutionsbegehren nur als zurückgewiesen angesehen werden, weil, wenn dieses Erkenntniß rechtskräftig wird, von keiner Exekution die Rede sein kann. Wird dagegen der Geklagte dem Klagsbegehren gemäß zur Zahlung oder überhaupt zur Leistung verurtheilt, so kann wieder für die Zeit

---

8) Siehe Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzeskunde. Jahrgang 1839. 1. Bd. S. 1 ff. über den Begriff der Einwendung nach österr. Gesetzen.

bis mit dem in Rechtskraft erwachsenen Erkenntnisse nach §. 298 die wirkliche Vollstreckung geführt werden kann, im Grunde des in der Klage gestellten Exekutionsbegehrens, die Exekution bis zur Sicherstellung bewilliget werden, wie zur Beseitigung aller Zweifel mit Hofd. vom 25. Januar 1841 ausdrücklich erklärt wurde.

c) „Wenn jedoch" — schließt die a. h. Entschließung vom 29. Dez. 1838 — „der Geklagte Einwendungen vorbringt, welche ein Beiurtheil auf die Führung eines Beweises, oder die Verlegung der Tagsatzung zur weitern Verhandlung nöthig machen, ist zwar das weitere Verfahren nach dem Gesetze einzuleiten, d. i. das Verfahren der Gerichtsordnung gemäß fortzusetzen, bis darüber mit Urtheil erkannt werden kann, dem Kläger jedoch auf sein Begehren, wenn er nicht bereits hinlänglich sichergestellt ist, die Exekution bis zur Sicherstellung der eingeklagten Forderung sammt Nebengebühren allenfalls auch mittelst Pfändung durch einen besonderen Bescheid zu ertheilen. Diese Pfändung kann auch auf das von dem Geklagten nach §. 1425 d. b. G.B. zu Gericht hinterlegte Gut bewilligt werden." — Auch hier ist der Ausdruck Einwendungen in weiterer Bedeutung für jedwede Entgegnung des Geklagten zu nehmen, die so geartet ist, daß hierüber **nicht** sogleich in der Sache entschieden werden kann, sondern, nach Verschiedenheit der Umstände, entweder die Tagsatzung zur weiteren Verhandlung darüber erstreckt, oder ein Beiurtheil (Interlocut) auf Führung eines Beweises durch Zeugen oder Kunstverständige geschöpft werden muß. Z. B. der Geklagte widerspricht nach vorgenommener Rekognoscirung des Originals die Echtheit der Klagsurkunde, wälzt dadurch nach den §§. 133 u. 134. d. G.O. den Echtheitsbeweis auf den Kläger, der diesen durch Zeugen zu führen sich erbietet; oder der Geklagte macht eine durch Zeugenaussagen zu beweisende wahre Einwendung; oder es wird über die Erwiderung des Geklagten die Tagfahrt

zur weiteren darüber nöthigen Verhandlung erstreckt, weil diese aus andern Gründen bei der ersten Tagfahrt nicht geschlossen werden kann. Der Richter hat deßfalls dasselbe zu veranlassen, was nach der G.O. bei so bewandten Umständen im gewöhnlichen Prozeßverfahren zu geschehen hätte, oder, wie das Gesetz selbst sagt: das Verfahren nach der G.O. fortzusetzen, — also die Tagfahrt zur weitern mündlichen Verhandlnng auf einen andern Tag verlegen, oder über die bereits gepflogene Verhandlung das Beiurtheil auf den Beweis schöpfen, das wiederum die Weisung für den weiteren Vorgang vorzeichnet. Sollten die Parteien etwa von dem Exekutionsverfahren ganz abgehen wollen und übereinkommen, den Prozeß weiterhin schriftlich durchzuführen, so unterliegt auch dieß keinem Anstande, nur kann natürlich auch von den eigenthümlichen Wirkungen der Exekutivklage keine Rede mehr sein. Wenn aber ein solches Uebereinkommen nicht eintritt, dann kann das weitere Verfahren nur als eine Fortsetzung des eingeleiteten Exekutivprozesses angesehen werden. Ist die aus den angegebenen Gründen fortgesetzte Verhandlung geschlossen, so hat der Richter über die dießfälligen Akten durch Urtheil zu erkennen, welches Urtheil, wenn es auf Verurtheilung des Geklagten ausfällt und rechtskräftig wird, nach §. 298 zur Basis für die Exekution dient. Es tritt aber auch hierbei die Eigenthümlichkeit des Exekutivprozesses ein, daß der Kläger inzwischen die in der Klage bereits begehrte Exekution wenigstens bis zur Sicherstellung ansprechen kann, damit ihm die Objekte nicht etwa entgehen, ehe das Definitiverkenntniß vollstreckbar wird.

VI. Die Voraussetzungen, unter denen diese Exekution bis zur Sicherstellung bewilliget werden kann, bestehen nach der bereits angeführten Gesetzesstelle in Folgendem:

a) daß in Folge der vom Geklagten bei der Tagfahrt gemachten Einwendungen gegen die Klage darüber nicht sogleich erkannt werden kann,

b) daß der Kläger sie begehre, und

c) daß er nicht ohnedieß hinlänglich sicher gestellt ist.

ad a. Diese Bestimmung der a. h. Entschließung v. 29. Dezember 1838 hat eigentlich ihre Bedeutung verloren, da, wie bereits früher angedeutet, nach dem Hofdekret vom 25. Januar 1841, die Exekution bis zur Sicherstellung, bis zur Beschreitung der Rechtskraft des Erkenntnisses nun auch Platz greifen kann, wenn auch über die vorgeschützten Einwendungen sogleich entschieden wird, oder wenn gar keine Einwendungen gemacht werden.

ad b. Daß der Kläger die Exekution bis zur Sicherstellung begehre, wenn sie verhängt werden soll, liegt ganz in der Natur der Sache, indem in privatrechtlicher Beziehung der Richter nicht von Amtswegen einschreitet und namentlich Zwangsmaßregeln zur Geltendmachung eines Privatrechtes nur über Anrufen des Berechtigten einleitet. Allein es fragt sich hier: ob die Ertheilung der Exekution lediglich auf das schon in der Klage gestellte Exekutionsbegehren, oder nur auf ein wiederholtes, oder auch auf ein jetzt erst — d. i. nach anhängig gemachter Klage — gestelltes Begehren zu erfolgen habe? Soll das in der Klage gestellte Exekutionsbegehren (s. oben III, 3) nicht eine leere Formalität sein, so muß es von dem Richter auch, in so weit es zulässig, beachtet werden; der Richter hat daher, sobald die Bedingungen dazu eintreten, die in der Klage begehrte Exekution bis zur Sicherstellung zu bewilligen, wenn der Kläger sie auch bei der Verhandlungstagfahrt nicht wiederholt (mündlich oder schriftlich) begehren sollte; also auch wenn er zur Tagsatzung gar nicht erschiene, der Geklagte aber Einwendungen macht, die, wenn sie auch für richtig gelten müßten, doch die Klage nicht entkräften und des Geklagten Verurtheilung nicht hindern. Das Hofd. vom 25. Januar 1841 spricht auch wirklich von der Bewilligung der Exekution bis zur Sicherstellung auf das dießfalls in der Klage

gestellte Begehren, ohne eines wiederholten zu erwähnen und die Worte: dem Kläger auf sein Begehren — in der a. h. Entschließung v. 29. Dezember 1838 — können ebensogut von dem in der Klage gestellten, als dem bei der Tagsatzung wiederholten verstanden werden. Dem Richter muß jedoch die Klage mit dem Begehren vorliegen und der Umstand kann es nach Verschiedenheit der Fälle allerdings nöthig machen, daß das Exekutionsbegehren wiederholt werde, weil der Richter nur über das Begehren die Exekution bewilligen kann. Der Kläger ist aber, wie obenbemerkt, nur befugt, nicht bemüssiget, schon in der Klage gleich ein angemessenes Begehren rücksichtlich der Vollstreckung zu stellen und es ist ihm dadurch, daß er von diesem Rechte keinen Gebrauch gemacht, nicht verwehrt worden, die Exekution bis zur Sicherstellung später, wenn sich die Umstände dazu eignen, zu begehren. Das früher zum §. 298 der G.O. erlassene Hofd. vom 16. Februar 1789 erlaubte ausdrücklich, daß die Sicherstellung auf das Gesuch des Exekutionswerbers zu ertheilen komme, dasselbe möge bei der über die Exekutivklage angeordneten Tagsatzung gestellt oder sodann mit besonderem Gesuche nachgetragen werden; — und die Erläuterungsvorschrift vom 29. Dezember 1838 nöthiget durchaus nicht zu der Annahme, daß diese Erklärung aufgehoben sei. Es kann also mit Wirkung das Exekutionsgesuch gleich in der Klage gestellt, bei der Tagsatzung wiederholt oder auch später angebracht werden.

ad c. Da dem Kläger bis zur Rechtskraft des Erkenntnisses nur vorläufig Sicherheit und Bedeckung verschafft werden soll, damit ihm sein Exekutionsrecht nicht vereitelt werde; so fällt diese gesetzliche Vorsicht hinweg, wenn der Kläger rücksichtlich seiner Forderung ohnedieß schon sicher gestellt ist. Sollte bei dieser Gelegenheit über die Hinlänglichkeit der Sicherstellung zwischen den Parteien ein Streit entstehen, so hätte der Rich-

ter darüber nach Vernehmung derselben und mit Rücksicht auf die bestehenden Gesetze, namentlich den §. 1334 des Civilgesetzbuches, zu entscheiden.

Zweifelhaft ist die Antwort auf die Frage geworden: ob die Exekution bis zur Sicherstellung auch dann bewilliget werden könne, wenn die Echtheit der Urkunde, worauf sich die Exekutivklage gründet, widersprochen wurde und deßwegen, wie oben bemerkt, das Verfahren weiter fortgesetzt, der Echtheitsbeweis, z. B. mittelst Zeugen vorerst angetreten und durchgeführt werden muß? Nach dem §. 298 d. a. G.O. war diese Frage nicht zweifelhaft, denn es war die Exekution bis zur Sicherstellung nur unter der Voraussetzung zu ertheilen, daß der Geklagte bei der Tagsatzung die Urkunde (d. i. ihre Echtheit) zwar anerkannte, aber solche Einwendungen vorschützte, worüber der Endspruch nicht sogleich geschöpft werden könnte. Die Erläuterungsvorschrift der a. h. Entschließung v. 29. Dezember 1838 macht von diesem Umstande keine Erwähnung und darum wird auch die Ansicht vertheidigt, daß dies gleichgültig sei, daß die Exekution bis zur Sicherstellung, wenn nur die übrigen Voraussetzungen dazu vorhanden sind, auch dann ertheilt werden könne, wenn der Geklagte die Echtheit der Urkunde widersprochen hat. Die Urkunde ist von Seiten des Richters durch die Einleitung des Exekutivprozesses als eine vollen Glauben wirkende anerkannt worden, weil er ja nur unter dieser Voraussetzung die bebesondere Prozeßform zulassen konnte; durch den bloßen Widerspruch der Echtheit wird die Richtigkeit und Glaubwürdigkeit der Urkunde noch nicht aufgehoben, es müßte erst der dem Producenten nunmehr aufgebürdete Beweis geführt werden, ehe darüber abgesprochen werden kann; gerade dadurch aber wird der Endspruch hinausgeschoben, Sicherstellung des Klägers nothwendig, und es würde bei entgegengesetzter Ansicht von der Willkür des Geklagten abhängen, durch einfache Ableugnung der Echtheit der Urkunde die Exekution bis zur Sicherstellung in den bei

weiten meisten Fällen zu vereiteln. — Dagegen wird aber wieder bemerkt, daß durch die a. h. Entschließung v. 29. Dezember 1838 der §. 298 der G.O. nur zum Behufe der Gleichförmigkeit des Verfahrens nach allen drei Gerichtsordnungen erläutert, nicht aber geändert werden wollte, — es wäre aber in der That eine nicht unwichtige Aenderung, wenn es zum Behufe der Bewilligung der Exekution bis zur Sicherstellung auf die Anerkennung der Urkunde in dem berührten Falle gar nicht mehr ankäme, in dem Falle nämlich, als gegen die Exekutivklage Einwendungen erhoben werden, über die der Endspruch nicht sogleich erfolgen kann. Die Echtheit der Urkunde sei zudem ein wesentliches Erforderniß ihrer Beweiskraft; sie kann bei einer förmlich erscheinenden Urkunde supponirt werden, weil ein falsum nicht zu vermuthen ist; diese Supposition entfalle jedoch durch den erfolgten Widerspruch der Echtheit, indem bis zu dem darüber hergestellten Beweise der Behauptung des Einen soviel Glauben beizumessen ist, als der des Anderen. Ob die Urkunde doch echt — also vollen Glauben wirkend sei, ist sofort zweifelhaft, bestritten; sie kann daher, bis dieser Streit entschieden, nicht als vollen Glauben wirkend angenommen werden und da die Bewilligung der Exekution zur Sicherstellung durch eine solche bedingt ist, so könne sie im vorausgesetzten Falle nicht bewilliget werden. Dafür spreche auch die Vergleichung mit der Vorschrift über den provisorischen Arrest und über den Verbot. Das Gesetz fordere dazu eine Urkunde, welche, falls sie für richtig (d. i. echt) erkannt würde, die Forderung vollkommen bewiese (s. 28. und 29. Hauptstück d. a. G.O.). Da jedoch nach der Natur dieser Sicherstellungsmittel der Gegner vorläufig nicht vernommen werden kann, es sich auch nur um eine mittlerweilige Vorkehrung außer dem Exekutionswege handelt; so werde die Bewilligung auf die Präsumption der Echtheit der Urkunde hin ausgesprochen. Im Exekutivprozesse dagegen, wo der Gegner vor-

erst vernommen wird, entfalle, falls er die Urkunde nicht anerkennt, ihre Beweiseskraft und es könne gestützt auf eine nicht anerkannte Urkunde kein Exekutionsschritt — geschehe er auch nur zur Sicherstellung des Klägers — bewilliget werden. Das Bedenken wegen des Mißbrauches verschwinde zum Theile dadurch, daß der Echtheitsbeweis, wenn der Kläger vorsichtig ist, — durch Vergleichung der Handschriften oder durch Auftrag des referiblen oder irreferiblen Haupteides (die gemeinrechtliche Diffitirung kennt die G.O. nicht) führen kann, wodurch die Entscheidung der Sache nicht aufgehalten werde; dann sei bei der entgegengesetzten Ansicht wieder Mißbrauch in der andern Richtung gedenkbar, indem man mit einer falschen Urkunde, ungeachtet des Widerspruches der Echtheit, doch mit der Exekution bis zur Sicherstellung chikaniren könnte.

VII. Aus dem Bisherigen lassen sich die Fälle, in denen in österr. Exekutivprozesse die Exekution bis zur Sicherstellung schon vor rechtskräftigem Erkenntnisse Platz greifen darf, so wie die dazu nöthigen Voraussetzungen entnehmen. Es fragt sich nunmehr um die Exekutions- oder Zwangsmittel, welche zu diesem Ende in Anwendung gebracht werden können. — Der Exekutionskläger hat unter den in der G.O. angeführten und nach Gestalt des Rechtes überhaupt zulässigen Mitteln die Wahl. Nach dem §. 298 d. a. G.O. wurde jedoch früher der Zweifel angeregt: ob denn auch die Pfändung anwendbar sei? — und man fand den Grund zum Zweifel darin, daß die Pfändung nach der G.O. der erste Exekutionsgrad sei, — eine wirkliche Exekution aber, also auch deren erster Schritt bei beweglichen Sachen nach dem Eingange des cit. §. ein rechtskräftiges Urtheil, oder einen gerichtlichen Vergleich voraussetzt. Dieser Zweifel wurde durch die Erläuterungsvorschrift vom 29. Dezember 1838 behoben; die Exekution bis zur Sicherstellung kann allenfalls auch durch Pfändung überhaupt, insbe-

sondere durch Pfändung des von dem Geklagten nach §. 1425 des Gesetzbuches zu Gericht hinterlegte Gut bewilliget werden.[9]) Rücksichtlich der Zulässigkeit der Pfändung beweglicher Gegenstände zu diesem Ende ist also kein Zweifel mehr, ob aber auch die vorsichtsweise Pfändung unbeweglicher Sachen oder die s. g. Pränotation in den öffentlichen Büchern (Landtafeln, Grundbüchern u. dgl.) darunter begriffen werden könne, ist noch zu untersuchen. Man hat behauptet: Unter dem Ausdrucke „Pfändung" verstehe die a. h. Entschließung vom 29. Dezember 1838 nur die pfandweise Beschreibung (captio pignorum) des beweglichen Vermögens, was nicht nur durch den Schlußsatz derselben, der diese Pfändung auch an dem bei Gericht deponirten Gute gestattet, sondern auch dadurch außer Zweifel gesetzt werde, daß in dem 31. Kapitel der G.O., in dessen Umfang diese Erläuterungsvorschrift gehört, überall, wo von der Pfändung die Rede ist, wie in den §§. 319, 341, 342, 343, 344, 346 und 348, hierunter stets nur die captio pignorum, — die pfandweise Beschreibung fahrender oder beweglicher Güter (Fahrnisse) verstanden sei, während die Verpfändung liegender oder unbeweglicher Güter immer anders, nemlich mit Vormerkung (Pränotation) oder Einverleibung (Intabulation) in die öffentlichen Bücher bezeichnet werde. Dieser Diktion bedienen sich auch die Nachtragsverordnungen zur G.O. und das allg. bürgl. G.B. — Indessen kann nicht in Abrede gestellt werden, daß der Ausdruck „Pfändung" — überhaupt die Ertheilung des Pfandrechtes, als ersten Schritt der Exekution oder Vollstreckung bezeichne, ohne Unterschied, ob das Pfandrecht auf eine bewegliche oder unbewegliche Sache eingeräumt wird. In dieser generellen Bedeutung ist der Ausdruck in

9) Die gerichtliche Hinterlegung allein gibt noch kein Pfandrecht (Hofd. vom 16. Juli 1787).

dem Hofd. vom 25. Oktober 1805 genommen und in demselben Sinne scheint er in der cit. a. h. Entschließung vom 29. Dezember 1838 gebraucht worden zu sein. Wird die Exekution bis zur Sicherstellung in den Fällen verlangt, in denen — sei es mit Bescheid, sei es mit Urtheil — der Geklagte zur Zahlung der Klagsforderung verurtheilt wurde; so kann gar kein Zweifel sein, daß eine Pränotation des Erkenntnisses bis zu dessen Rechtskräftigwerdung begehrt und bewilliget werden könne; nur eine unbedingte Einverleibung (Intabulirung) könnte nach dem Hofd. vom 24. Dezember 1798 nicht Statt finden. Es bliebe also nur für den Fall zweifelhaft, wenn wegen vorgeschützter Einwendungen das Erkenntniß nicht sogleich geschöpft werden kann. Allein das Hofd. vom 25. Januar 1841 gestattet die Exekution bis zur Sicherstellung über das in der Klage gestellte Begehren für alle Fälle gleichmäßig.

Ueber die Pfändung hinaus geht natürlich die Exekution bis zur Sicherstellung nicht; die exekutive Schätzung (Taxirung) kann daher nicht verlangt und bewilliget werden, bis die Bedingungen zur wirklichen Exekution eingetreten sind. Da jedoch, um das Maß der Sicherstellung zu bestimmen, der Werth der Sachen, welche zur Sicherstellung gepfändet wurden, bekannt sein muß; so kann allerdings eine Werthserhebung Platz greifen und vielleicht vom Geklagten selbst eingeleitet werden, weil er meint, daß der Kläger mehr, als zu seiner Deckung nothwendig ist, in Anspruch nehme und pfänden lasse. Eine solche Werthskonstatirung könnte jedoch nicht als der zweite Exekutionsgrad angesehen werden, sondern gehörte nach dem Hofd. vom 18. September 1786 unter die Fälle, in denen sich zwei Parteien über die Zulänglichkeit einer schuldigen Sicherstellung streiten.

VIII. Wenn der Kläger die Exekution bis zur Sicherstellung durch Pfändung der Mobilien des Geklagten begehrt hat, diese auch bewilliget worden ist, bei der Vor-

nahme derselben aber keine oder doch zur begehrten Sicherstellung des Klägers nicht hinreichende Güter vorgefunden werden, — dann entsteht die weitere Frage: ob auch die Arrestirung des Geklagten zu dem Zwecke verlangt und bewilligt werden dürfe? — Für die bejahende Beantwortung wird angeführt, daß der §. 298 der G.O. und die Entschließung vom 29. Dezember 1838 die Exekution bis zur Sicherstellung gestatten, ohne sie auf einen bestimmten Grad zu beschränken, daß daher auch der letzte Grad der Exekution, der Personalarrest, darunter begriffen sei, falls dieser in einem gegebenen Falle zur Sicherstellung des Klägers nothwendig und zweckmäßig erscheint. Diese in der Natur der Sache begründete Ansicht sei für einen ähnlichen Fall sogar bestimmt ausgesprochen. Wenn nämlich gegen einen Zahlungsauftrag im Wechselprozesse Einwendungen erhoben werden, so kann sogleich während der Behandlung über dieselben die Exekution bis zur Sicherstellung geführt werden und in dieser Beziehung erklärte schon das Hofd. vom 5. Juni 1840: daß unter der Exekution bis zur Sicherstellung im Falle der Ermanglung anderer Sicherstellungsmittel auch der Personalarrest des präsumptiven Wechselschuldners, d. i. des Geklagten, zu verstehen sei, — nur muß nach dem Hofd. vom 6. Dezember 1842 die Unzulänglichkeit der Bedeckung nachgewiesen und die Nahmhaftmachung des Vermögens ohne Erfolg aufgetragen worden sein. Nach der neuen Wechselgerichtsordnung vom 25. Januar 1850 ist der Personalarrest zum Behufe der im §. 8 derselben zugelassenen Exekution bis zur Sicherstellung gleichfalls anwendbar. Wenn auch in der Entschließung vom 29. Dezember 1838 gesagt wird: allenfalls auch durch die Pfändung, — so könne daraus doch nicht gefolgert werden, daß hiermit auf die Pfändung als den äußersten, zu diesem Ende zulässigen Schritt hingewiesen sei. —

Nichts desto weniger erheben sich gegen die bisher besprochene Ansicht einige Bedenken. Was zuerst die von der Wechselexekution hergenommene Analogie anbetrifft; so erscheint sie bei der Eigenthümlichkeit des Wechsels nicht recht treffend. Es ist überhaupt gewagt, von der Bestimmung über einen besondern Fall auf einen andern, abermals und zwar in einer andern Beziehung spezifizirten Fall zu schließen. Der Wechsel- und der Exekutivprozeß sind zwei nebeneinander bestehende besondere Prozeßformen; es kann also ohne inneren Widerspruch auch in *jedem* etwas apartes bestimmt sein, und es ist in der That auch. Es ist auch nirgends eine wechselseitige Beziehung derselben gesetzlich ausgesprochen, jeder für sich normirt. Nach dem §. 298 der G.O., als der ursprünglichen Norm über den Exekutivprozeß, konnte nicht einmal die Pfändung unter der Exekution bis zur Sicherstellung mit voller Bestimmtheit subsumirt werden, geschweige denn der Personalarrest, und weil die Zulässigkeit der Pfändung bezweifelt wurde, so löste die Erläuterungsvorschrift denselben, indem sie auch die Pfändung zuließ. Die Worte: „*allenfalls auch*" — zeigen an, daß dies schon etwas *Ungewöhnliches* sei. Es dürfte daher dem Gesetze nicht entsprechen, hierin noch weiter zu gehen, — *allenfalls auch den Personalarrest des angeblichen Schuldners zum Behufe der Sicherstellung des Klägers* in Anwendung zu bringen. Schon die Zulässigkeit der *Pfändung* auf Grundlage einer *noch nicht rechtskräftigen* Entscheidung über eine glaubwürdige Urkunde ist eine *Ausnahme* von der Regel des ersten Satzes des §. 298 der G.O.; Ausnahmen aber müssen genau nach ihrem Wortlaute genommen werden. Die Arrestirung des präsumptiven Schuldners von rechtskräftig entschiedener Sache scheint daher (außerhalb des Wechselprozesses) nur in so fern zulässig zu sein, als sie unter den Begriff der mittlerweiligen Vorkehrung wegen **Zahlungsflucht** fällt.

In formali wird die Exekution bis zur Sicherstellung in einem besonderen Bescheide bewilliget, dessen Inhalt sich natürlich nach der Individualität des Falls richtet, um den es sich handelt, und nach dem gewählten Exekutionsmittel. Wenn man dann in der Praxis mitunter nach rechtskräftig gewordener Entscheidung um die Verwandlung der vorsichtsweisen in die exekutive Pfändung einschreitet; so ist dieß eigentlich ein ganz nutzloser Akt, da ja eben die Pfändung schon der erste Exekutionsgrad ist, daher nicht erst in denselben verwandelt zu werden braucht. Mit der rechtskräftigen Entscheidung kann also die Exekution, die mittelst der Pfändung nur bis zur Sicherstellung geführt war, sogleich weiter fortgeführt, d. h. die exekutive Schätzung und Feilbiethung eingeleitet werden. Die erwähnte Praxis will man zwar mit dem rechtfertigen, daß man auch rücksichtlich eines außergerichtlich erworbenen Pfandrechtes rücksichtlich des verpfändeten oder hypothezirten Gutes, wenn man hinsichtlich desselben die Exekution führen, also das Pfand- oder Hypothekenrecht realisiren will, vorerst die exekutive Pfändung oder die exekutive Einverleibung erwirken müsse, um sodann die Exekution der Ordnung nach fortsetzen zu können. Allein das entfällt hier, weil ja der Richter bereits die Pfändung als den ersten Exekutionsschritt bewilligt und der Gläubiger zum Behufe seiner Sicherstellung das prätorische (gerichtliche oder exekutive) Pfandrecht erworben hat.

IX. Der Nachweis, wie sich das im Vorstehenden geschilderte Verfahren im Exekutivprozesse nach den österreichischen Gesetzen von dem gemeinrechtlichen unterscheide, ist wohl in diesen Blättern nicht nothwendig; den mit dem letzten vertrauten Lesern fallen die Verschiedenheiten von selbst auf. [10]) Es ließe sich bei ei-

10) Vergl. Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit u. s. w.; 1842. 3. Bd. S. 423 ff.

ner solchen Disparität aber wohl auch um den relativen Vorzug streiten, doch, wie es scheint, ohne besonderen Nutzen. So wie der Exekutivprozeß nach dem gemeinen Rechte in Deutschland den Wünschen der Rechtsuchenden nicht vollkommen entspricht; so ist dieß auch in Oesterreich insbesondere der Fall. Auch unser Exekutivprozeß erscheint nur als ein unvollkommenes Surrogat für das anderwärts bekannte Institut exekutorischer Urkunden in Verbindung mit eigenen Vollstreckungsämtern; — auch unser Exekutivprozeß wird leicht mißbraucht und durch allerhand Winkelzüge, Fristenerweiterungen und dergl. oft ungebührlich in die Länge gezogen; auch in demselben werden häufig unbegründete Einwendungen mitunter sogar absichtlich, formwidrig angebracht, nur um die Definitiventscheidung zu verzögern. Darum auch die Klagen darüber, darum Reformvorschläge zur Verbesserung. Nach einem in jüngster Zeit veröffentlichten Antrage [11]) sollte der Exekutivprozeß nach Art des Wechselprozesses modifizirt und in ein Mandatsverfahren umgestaltet werden. Man möchte da an das: Incidit in Scyllam qui vult vitare Charybdim erinnern. Nicht durch Halbheiten und Flicken am alten Gebäude kann, wie Mittermaier bemerkt, [12]) das Civilprozeßverfahren wahrhaft und gründlich gebessert werden. Die in diesem Fache so erwünschte Schnelligkeit, verbunden mit einer gründlichen und gleichmäßigen Entscheidung, und dadurch Achtung vor der Rechtspflege auch im Volke kann nur begründet werden, wenn vor Allem für eine solche Form der Rechtsgeltendmachung gesorgt wird, durch die die Wahrheit am verläßlichsten entdeckt, die Lüge und Fälschung am sichersten entlarvt, — durch die — kurz gesagt — dem **sittlichen Prinzipe** auch im bürgerlichen Rechtsver-

11) S. Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft (Prag 1852), V. Bd. S. 340 ff.: Anträge auf Vereinfachung des Rechtsverfahrens.

12) Archiv, 35. Bd. S. 113.

fahren der Sieg möglich gemacht und gesichert wird. Dieß aber kann meines Erachtens nur geschehen durch eine prinzipielle Umstaltung, durch Aufnahme der Oeffentlichkeit in Verbindung mit dem ihr entsprechendem Maße von Mündlichkeit des Verfahrens. Die Elasticität, die dadurch die Prozedur erhält, macht zugleich die Verschiedenheit der bisherigen Prozeßformen überflüssig; das Verfahren schließt sich von selbst der Individualität des Falles an, und während es eine Menge Formelvorschriften entbehrlich macht, die mit dem jetzigen in nothwendiger Verbindung stehen, beseitiget es zugleich manche Gelegenheit zur Verdunklung und Verschleppung der Prozesse. In diesem Sinne hat sich auch neuerlich ein preußischer Jurist in seinem Schriftchen: Fort mit den Geschwornen — (Berlin 1852)[13]) des Motto's bedient: dasjenige Gerichtsverfahren kann allein das beste sein, bei welchem die Wahrheit am schnellsten und sichersten gefunden wird und mit Beifall der Verordnung vom 1. Juni 1833 gedacht, die das Prinzip der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit für den Civilprozeß in Anwendung brachte und nur in diesem Sinne hat der österr. Justizminister in seinem a. u. Vortrage vom 8. Juni 1849 auch das Prinzip der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit unter jenen Grundsätzen angeführt, welche für jede Gesetzgebung als unverrückbare Zielpunkte dastehen.

---

13) Gegen Schwurgerichte in civilrechtlichen Angelegenheiten habe ich mich wiederholt ausgesprochen. S. Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft, I. Bd. S. 169 und deutsche Zeitung aus Böhmen v. J. 1849 Nr. 233 und 234.